

PRZECIW PARTNERSTWU PUBLICZNO-PRYWATNEMU

Ustawa z dnia 28 lipca 2005 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym¹ wprowadziła do polskiego porządku prawnego znaną z obcych systemów prawa instytucję partnerstwa publiczno-prywatnego (dalej: PPP). Potocznie formuła PPP bywa traktowana jako remedium na bolączki budżetowe organów władzy publicznej związane z finansowaniem inwestycji, szczególnie infrastrukturalnych. Przekonanie to podziela także polski ustawodawca, skoro, uzasadniając potrzebę nowej regulacji, upatruje w partnerstwie publiczno-prywatnym środek do realizacji celów w postaci pobudzenia inwestycji sektora publicznego oraz usunięcia barier (również psychologicznych), które powodują, że z przedsięwzięciami PPP wiąże się duże ryzyko dla obu stron. Realizacja powyższych zamierzeń ma nastąpić poprzez stworzenie optymalnych ram prawnych dla przedsięwzięć publicznych z udziałem partnerów prywatnych². Określenie tych ram nastąpiło przede wszystkim w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym, jakkolwiek system odesłań nakazuje sięgać również do przepisów prawa zamówień publicznych³ oraz kodeksu cywilnego⁴. Rozstrzygnięcie, czy przyjęte rozwiązania prawne istotnie w sposób optymalny służą realizacji wyznaczonych celów, wymaga poddania ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym koniecznej analizie.

Przedmiot ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym

W analizach normatywnych zagadnienia techniki legislacyjnej z reguły pozostają na uboczu rozważań materialnych, dotyczących meritum badanej regulacji. Tymczasem nie wydaje się, by możliwe (i pożądane) było przeprowadzenie precyzyjnej delimitacji pomiędzy tymi obszarami. Nierzadko wszak problemy interpretacyjne wynikają właśnie w głównej mierze z uchybień wobec zasad należytej legislacji.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Liczne przykłady lekceważenia zasad redagowania tekstu prawnego bezpo-

¹ Dz.U. nr 169, poz. 1420, ze zm., dalej: ustawa. Z dniem 27 lutego 2009 roku ustawę zastąpiła ustawa z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. Nr 19, poz. 100), dlatego w zakresie dogmatycznym niniejsze rozważania mają charakter li tylko historyczny.

² Uzasadnienie projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (druk nr 3174), s. 19.

³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz.U. nr 19, poz. 177 ze zm.).

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. nr 16, poz. 93 ze zm.).

średnio przekładają się na zmniejszenie czytelności poszczególnych przepisów oraz na trudności w rekonstrukcji norm.

Pierwsze problemy interpretacyjne pojawiają się już wraz z lekturą art. 1 ustawy, który wskazuje na jej zakres przedmiotowy (regulacja zasad i trybu współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach PPP) oraz podaje legalną definicję partnerstwa publiczno-prywatnego. Otóż przed pojęciem partnerstwa publiczno-prywatnego ustawodawca rozumie opartą na umowie o PPP współpracę podmiotu publicznego i partnera prywatnego, służącą realizacji zadania publicznego (art. 1 ust. 2). Niezależnie od brzmienia przytoczonej definicji za przedmiot umowy o PPP uznaje się jednak nie realizację zadania publicznego, lecz realizację przedsięwzięcia (art. 2 ust. 1), wyczerpująco określonego w art. 4 pkt 4. Relacja zakresowa obu pojęć jest taka, że ustawa uznaje za przedsięwzięcia między innymi działania niekoniecznie będące jednocześnie zadaniami publicznymi (art. 4 pkt 4 lit. c). Ponadto przez przedsięwzięcie rozumie się również na przykład realizację inwestycji, którą art. 4 pkt 1 definiuje między innymi jako zarządzanie składnikiem majątkowym, będącym przedmiotem tej inwestycji. Wynika z tego wniosek, że wskutek wad redakcyjnych treść pojęcia partnerstwo publiczno-prywatne może obejmować elementy pozadefinityjne, a także może prowadzić do rezultatów jawnie tautologicznych.

Z kolei warto wskazać, że ustawa nie przesądza o modelu PPP w aspekcie zakresu obowiązków partnera prywatnego. Z jednej strony z art. 1 ust. 2 można wnosić, że skoro umowa o PPP opiera się na współpracy stron, to realizacja zadania publicznego w określonym umową zakresie powinna obciążać także podmiot publiczny. Jeszcze dalej idzie art. 4 pkt 4 lit. d, który dopuszcza, by aktywność partnera prywatnego polegała jedynie na wspomaganiu realizacji zadań publicznych. Z drugiej strony art. 2 ust. 1 wyraźnie stanowi, że partner prywatny realizuje przedsięwzięcie na rzecz podmiotu publicznego. W uzasadnieniu projektu ustawy wyjaśniono, że PPP to metoda przeprowadzania przedsięwzięcia publicznego razem z podmiotem prywatnym lub przez samego partnera prywatnego⁵. Niemniej wydaje się, że z konstrukcyjnego punktu widzenia PPP powinno polegać wyłącznie na przekazaniu partnerowi prywatnemu realizacji zadania publicznego. Nic bowiem nie przemawia za tym, by partner prywatny odnosił korzyści majątkowe (w postaci wynagrodzenia z tytułu umowy o PPP) w sytuacji, gdy podmiot publiczny może własnym staraniem realizować zadanie w całości.

Podmioty umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym wskazuje zamknięty katalog podmiotów, które mogą występować w charakterze stron umowy o PPP. Pojęciem partnera prywatnego objęto przedsiębiorców w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁶ (a także przedsiębiorców zagranicznych), organizacje pozarządowe oraz kościoły i inne związki wyznaniowe (art. 4 pkt 2). Niejasności wiążą się z faktem, czy, ustalając

⁵ Uzasadnienie..., s. 20–21.

⁶ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.).

znaczenie wyrażenia „organizacja pozarządowa”, można sięgać do definicji z art. 3 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie⁷, jak również z kryterium, według którego wyróżniono wskazane kategorie podmiotów.

Wątpliwości budzi także podmiotowy zakres pojęcia „podmiot publiczny”, do którego zaliczono między innymi państwowe szkoły wyższe, jednostki badawczo-rozwojowe oraz Polską Akademię Nauk. Wskazane podmioty zostały powołane do życia z uwagi na specyfikę realizowanych przez nie zadań publicznych, dlatego dopuszczalność delegowania przez nie swych zadań w drodze umowy o PPP musi prowokować pytanie o zasadność takiego rozwiązania.

Zarazem otwarta pozostaje kwestia, czy podmiot publiczny może występować w charakterze partnera prywatnego w umowie o PPP. O dopuszczalności takiego rozwiązania przesądza okoliczność, że niektóre z podmiotów uznane za podmioty publiczne mogą prowadzić działalność gospodarczą, przez co zyskują status przedsiębiorców i tym samym mogą podlegać kwalifikacji jako partnerzy prywatni. Na rzecz powyższej interpretacji mógłby świadczyć brak wyraźnego zakazu ustawowego. Wydaje się jednak, że zasady współpracy uregulowane w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym nie powinny stanowić podstawy dla współpracy w zakresie realizacji zadań publicznych pomiędzy podmiotami publicznymi.

Przedmiot umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

Stosownie do postanowień ustawy przedmiotem umowy o PPP jest realizacja przez partnera prywatnego przedsięwzięcia za wynagrodzeniem na rzecz podmiotu publicznego (art. 2 ust. 1)⁸. Zasygnalizowano już, że pojęcie przedsięwzięcia może być rozumiane na kilka sposobów. W wymiarze najmniej uciążliwym dla partnera prywatnego realizacja przedsięwzięcia może przybrać postać jedynie zaprojektowania inwestycji w wykonaniu zadania publicznego (art. 4 pkt 4 lit. a). Przedsięwzięcie może również mieć charakter pilotażowy, promocyjny, naukowy, edukacyjny lub kulturalny, byleby w ten sposób wspomagało realizację zadań publicznych (art. 4 ust. 4 lit. d). Prawdziwe wyzwanie dla partnera prywatnego kryje z kolei realizacja przedsięwzięcia w postaci działania na rzecz rozwoju gospodarczego i społecznego, tzn. jednocześnie spełniającego obie przesłanki. Tymczasem należy się zgodzić, że spośród przytoczonych kategorii przedsięwzięć realizacja dwóch pierwszych nie powinna następować w ramach umowy o PPP. Po pierwsze dlatego, że umowa o PPP z definicji służy długotrwałemu, nie zaś jednorazowemu, wykonywaniu zadań publicznych. Po drugie dlatego, że daleko właściwszą drogą kontraktowania działań wspomagających realizację zadań publicznych stanowi tryb zamówień publicznych.

⁷ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 roku o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. Nr 96, poz. 873 ze zm.).

⁸ Jakkolwiek przedmiotem umowy o PPP ustawodawca określa także składnik majątkowy (art. 25 ust. 1), utożsamiany, przynajmniej w pewnym zakresie, z wkładem własnym podmiotu publicznego (por. art. 4 pkt 5 i pkt 6).

Do mankamentów ustawy zaliczyć wypada także brak przepisu, który wskazywałby, jakie zadania publiczne nie podlegają realizacji w formie PPP. Nie sposób przecież zasadnie zakwestionować twierdzenia, że istnieją kategorie zadań publicznych, które zawsze powinny należeć do kompetencji władz państwowych lub samorządowych, na przykład obronność, porządek publiczny i bezpieczeństwo obywateli, administracja architektoniczno-budowlana.

Treść umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym

Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie wprowadza do porządku prawnego nowego typu umowy nazwanej; wskazuje jedynie na zagadnienia, które powinny zostać uregulowane w umowie o PPP, nie przesądza natomiast treści konkretnych postanowień. Spośród wszystkich zagadnień, które zgodnie z ustawą (art. 18) powinny znaleźć odzwierciedlenie w umowie o PPP, warto zwrócić uwagę na następujące:

1. Głównym problemem gospodarczym i prawnym przy PPP jest właściwe ujęcie rozkładu ryzyk związanych z realizacją w tej formie konkretnego przedsięwzięcia ze sfery zadań publicznych⁹. Z uwagi na złożoność materii, określenie ryzyk oraz ich podział oddelegowano do kompetencji ministra właściwego do spraw gospodarki. W ten sposób ciężar regulacji kluczowej dla PPP został przeniesiony do aktu podustawowego. Jednak pomimo wydania rozporządzenia z dnia 21 czerwca 2006 roku w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego¹⁰ problematyka ryzyk nie doczekała się zadowalającego unormowania. Oto § 3 rozporządzenia nakazuje, by podziału ryzyk dokonywać zgodnie z zasadą optymalnej alokacji danego ryzyka, uwzględniającą możliwości i umiejętności zarządzania ryzykiem przez strony. Tak ogólnie sformułowana zasada niewiele wyjaśnia, czyni natomiast możliwym dokonanie takiego podziału, w wyniku którego większość ryzyk zostanie przypisana podmiotowi publicznemu. Dotyczy to w szczególności tych ryzyk, na których wystąpienie strony umowy o PPP z reguły nie mają wpływu; kryterium możliwości i umiejętności zarządzania ryzykiem okazuje się więc bezużyteczne, gdyż strony nierzadko nie mogą wystąpienia określonego ryzyka przewidzieć ani tym bardziej mu przeciwdziałać. Chodzi tu przede wszystkim o ryzyko o charakterze politycznym, ryzyko o charakterze legislacyjnym, ryzyka makroekonomiczne (ryzyko inflacji, kursowe, zmian demograficznych, związane z tempem wzrostu gospodarczego), ryzyko związane z wystąpieniem siły wyższej, a także o ryzyko związane z brakiem akceptacji społecznej (ryzyko protestów i sprzeciwów społeczności lokalnych). Nie można wykluczyć, że obowiązek „zarządzania” wymienionymi ryzykami, polegający na ponoszeniu kosztów związanych z ich wystąpieniem, zostanie na mocy zawartej umowy przypisany wyłącznie podmiotowi publicznemu.

2. Artykuł 2 ust. 2 ustawy statuuje zasadę, w myśl której nakłady na realizację przedsięwzięcia w całości albo w części ponosi partner prywatny (względnie zapewnia ich poniesienie przez inne podmioty). Częściowa partycypacja w nakładach oznacza, że brakującą różnicę uzupełnia podmiot publiczny poprzez albo sfinansowanie kosztów realizacji przedsięwzięcia, albo wniesienie przedsiębiorstwa, nieruchomości lub rzeczy ruchomej, licencji lub innych wartości niematerialnych i prawnych (wkład własny). Co

9 Uzasadnienie..., s. 19.

10 Dz.U. Nr 125, poz. 868.

więcej, uczestnictwo podmiotu publicznego w przedsięwzięciu może polegać również na dopłatach do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach PPP. Jak widać, początkowy koszt udziału w realizacji przedsięwzięcia może się okazać dla partnera prywatnego relatywnie niski.

Trzeba ponadto pamiętać, że w zamian za realizację przedsięwzięcia partnerowi prywatnemu przysługuje wynagrodzenie w postaci prawa do pobierania pożytków (uzyskiwania innych korzyści z przedsięwzięcia) lub w postaci zapłaty sumy pieniężnej przez podmiot publiczny (art. 4 pkt 7). Stylizacja przypisu uzasadnia wniosek, że wynagrodzenie partnera publicznego może występować łącznie w powyższych trzech postaciach, przy czym na mocy przepisów szczególnych wynagrodzenie może w całości stanowić zapłata sumy pieniężnej ze środków podmiotu publicznego (art. 6 ust. 3).

W konsekwencji może zaistnieć sytuacja, w której wynagrodzenie partnera prywatnego w całości pokrywa z własnych środków podmiot publiczny, który nadto wniósł wkład własny w realizację przedsięwzięcia. Wydaje się, że żadne racjonalne przesłanki nie przemawiają za tak daleko idącym wzbogaceniem po stronie partnera prywatnego.

3. Umowa o PPP powinna wskazywać czas, na jaki została zawarta, lecz ustawa dodatkowo premiuje partnera prywatnego i dopuszcza możliwość, by umowa uległa przedłużeniu (art. 18 pkt 7). Przedłużenie okresu obowiązywania umowy nie wymaga przy tym ponownego przeprowadzenia postępowania o wybór partnera prywatnego, jak również spełnienia przesłanki, by informacja o możliwości późniejszego przedłużenia umowy znalazła się w ogłoszeniu o planowanej realizacji przedsięwzięcia na zasadach PPP. Jeśli przyjąć, że czas trwania umowy jest tak kalkulowany, by zapewnić partnerowi prywatnemu nie tylko zwrot kosztów inwestycji, ale także godziwe wynagrodzenie¹¹, to tak rozumiane przedłużenie należy traktować jako całkowicie nieuzasadnione. Tym bardziej, że z realizacją zadania publicznego, zwłaszcza w postaci świadczenia usług, z reguły wiąże się uzyskanie przez partnera prywatnego pozycji monopolistycznej na rynku.

4. W treści umowy o PPP powinny znaleźć się także postanowienia określające warunki i sposób rozwiązania umowy przed upływem terminu, na jaki została zawarta, oraz zasady rozliczeń i odszkodowań w takim przypadku (art. 18 pkt 7). Wskazane rozwiązanie stanowi – w założeniu – środek, mający uatrakcyjnić PPP dla partnerów prywatnych, jednocześnie pozostawiając podmiotowi publicznemu możliwość wcześniejszego zakończenia współpracy. Inaczej jednak niż w przypadku art. 145 p.z.p., którego odpowiednie stosowanie wyłączono na mocy art. 14 ustawy, partner prywatny może liczyć na więcej niż tylko wynagrodzenie z tytułu wykonania części umowy. Wyłącznie od stron umowy zależy, w jakim zakresie wcześniejsze zakończenie umowy zostanie zrekompensowane partnerowi prywatnemu. Wydaje się, że zgodnie z zasadami prawa cywilnego odszkodowanie będzie przysługiwać partnerowi prywatnemu jedynie wówczas, gdy poniesie szkodę wskutek zakończenia umowy przed terminem, na jaki została zawarta. Rzecz jasna kodeks cywilny nie zakazuje w sposób generalny modyfikacji zakresu odpowiedzialności, a przytoczony przepis wymaga, by w umowie o PPP wska-

¹¹ Na marginesie warto wskazać, że w projekcie obowiązującej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym przewidziano rozwiązanie, zgodnie z którym umowa o PPP powinna między innymi określać „mechanizm zapewniający, że poziom zysku partnera prywatnego uznany za dopuszczalny nie zostanie przekroczony”. Wersja ustawy, która ostatecznie weszła w życie, nie zawiera tak albo podobnie brzmiącego przepisu.

zано zasady odszkodowań na wypadek wcześniejszego rozwiązania umowy, niemniej nie można zapominać, że wypłatę ewentualnych odszkodowań podmiot publiczny pokryje ze środków publicznych. Tym samym nie sposób zaakceptować konstrukcji, która może skutkować tym, że partner prywatny uzyskuje odszkodowanie korzystniejsze (tzn. w większym rozmiarze) niż na zasadach ogólnych.

Nie można także wykluczyć interpretacji idącej w kierunku przyjęcia, że partnerowi prywatnemu w ogólnie nie przysługuje odszkodowanie na wypadek wcześniejszego zakończenia umowy. Wniosek ten opiera się na gramatycznej wykładni art. 18 pkt 7 ustawy, który *explicite* przewiduje odszkodowanie na rzecz partnera prywatnego jedynie wówczas, gdy zakończenie obowiązywania umowy przed ustalonym terminem nastąpiło wskutek rozwiązania umowy przez strony. Jeśli zatem rozwiązanie umowy rozumieć w sensie utartym w cywilistyce, tzn. jako dwustronną czynność prawną o charakterze *actus contrarius* wobec zawarcia umowy, to nie ma podstaw do ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej przez podmiot publiczny w zakresie szkód, których istnienie zostało usankcjonowane zgodnym oświadczeniem woli partnera prywatnego na rozwiązanie umowy. Zachodzi bowiem kontratypiczny przypadek zgody wyłączającej odpowiedzialność odszkodowawczą (w myśl zasady *volenti non fit iniuria*).

5. Ustawowy nakaz umownego określenia zasad, według których następować będą rozliczenia pomiędzy stronami umowy po jej zakończeniu, powinien oznaczać również obowiązek właściwego uregulowania rozliczeń z tytułu wkładu własnego wniesionego przez podmiot publiczny. Wniesienie wkładu własnego polega na jego przekazaniu w szczególności w formie darowizny, sprzedaży (z zastrzeżeniem odkupu), użyczenia, użytkowania, najmu, dzierżawy (art. 9 ust. 1). Przekazanie wkładu własnego następuje na cel określony w umowie o PPP (art. 6 ust. 2), a w przypadku wykorzystywania niezgodnego z umową wkład podlega zwrotowi (art. 9 ust. 2). Pomijając znikomą uciążliwość sankcji w postaci obowiązku zwrotu, zwłaszcza wówczas, gdy wkład podmiotu publicznego polega na sfinansowaniu części kosztów realizacji przedsięwzięcia, wskazać należy, że ustawodawca nie zabezpiecza należycie interesów podmiotu publicznego również na wypadek – typowy przecież – zakończenia wykonywania umowy. Artykuł 25 ust. 1 przewiduje, że składnik majątkowy¹² podlega przekazaniu podmiotowi publicznemu w stanie niepogorszonym, z uwzględnieniem zużycia wskutek prawidłowego używania. Jeśli przez pojęcie tego przekazania rozumieć przekazanie, zdefiniowane w art. 9 ustawy, to nic nie stoi na przeszkodzie, by owo przekazanie miało charakter odpłatny, w tym postać sprzedaży z zastrzeżeniem prawa odkupu. W konsekwencji może mieć miejsce sytuacja, że partner prywatny przekazuje podmiotowi publicznemu odpłatnie składnik majątkowy, który wcześniej uzyskał od tego ostatniego w drodze nieodpłatnego przysporzenia. Natomiast zdecydowanie bardziej rażący byłby przypadek, gdyby umowa o PPP obejmowała między innymi obowiązek partnera prywatnego, polegający na budowie składnika majątkowego, który po zakończeniu wykonywania umowy pod-

¹² Ustawa operuje pojęciem składnika majątkowego, by uniknąć nieścisłości, które wynikają z faktu, że nie każdy rodzaj wkładu własnego podlega zwrotowi po zakończeniu wykonywania umowy; dotyczy to sytuacji, gdy wkład podmiotu publicznego polega na sfinansowaniu części kosztów przedsięwzięcia, w tym na dopłatach do usług świadczonych przez partnera prywatnego w ramach umowy o PPP. Trzeba jednak zauważyć, że również nie wszystkie desygnaty pojęcia „składnik majątkowy” mogą stanowić przedmiot zwrotnego przekazania, o którym mowa w art. 25. Będzie tak w przypadku wartości niematerialnych i prawnych, a wątpliwości mogą również dotyczyć przedsięwzięcia w rozumieniu art. 55¹ k.c.

legalby odpłatnemu przekazaniu na rzecz podmiotu publicznego, chociaż koszty inwestycji zostały pokryte z wynagrodzenia przysługującego partnerowi prywatnemu albo poprzez wkład własny podmiotu publicznego. Niestety, ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie wprowadza mechanizmów, które eliminowałyby możliwość powstania powyższych skutków.

Etap przedkontraktowy

Na mocy odesłania z art. 14 ustawy do wyboru partnera prywatnego oraz do umów o PPP stosuje się przepisy prawa zamówień publicznych (z pewnymi ograniczeniami). Do etapu przedkontraktowego ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym wprowadza jednak dodatkowe elementy, którym warto się pokrótce przyjrzeć.

1. W pierwszej kolejności wypada wskazać na regulację art. 10 ust. 1 ustawy, który przewiduje, że podmiot zainteresowany realizacją określonego przedsięwzięcia w ramach PPP może zgłosić wniosek do podmiotu publicznego z propozycją realizacji tego przedsięwzięcia. Z faktem złożenia wniosku ustawa nie wiąże jednak żadnych skutków prawnych, w szczególności złożenie wniosku nie powoduje wszczęcia postępowania o wybór partnera prywatnego, a podmiotowi zainteresowanemu nie przysługują z tego tytułu żadne przywileje (tzn. w przypadku ogłoszenia przez podmiot publiczny o planowanej realizacji przedsięwzięcia na zasadach PPP wnioskodawca nie może być traktowany odmiennie od pozostałych uczestników postępowania). Na uzasadnione pytanie o celowość wprowadzonego rozwiązania odpowiada się w doktrynie w ten sposób, że „istotą przepisu jest wskazanie, że propozycja dotycząca realizacji określonego przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, zgłoszona podmiotowi publicznemu, stanowi element normalnych stosunków między nim a przedsiębiorcą (firmą doradcą itp.) i nie można takiemu kontaktowi przypisywać cech patologii administracyjnej”¹³. Przytoczony argument niestety nie przekonuje, bowiem nie można *a priori*, tj. abstrahując od treści konkretnego wniosku, zadekretować, jakie propozycje składane podmiotom publicznym będą albo nie będą nosiły znamion patologii administracyjnych. Tym samym skoro zainteresowany, niezależnie od tego, czy ustawa zawierałaby komentowany przepis, mógłby zgłosić wniosek do podmiotu publicznego, wprowadzenie art. 10 do ustawy należy uznać za *superfluum*.

2. W ramach procedury przygotowawczej do PPP ustawodawca nałożył na podmiot publiczny obowiązek sporządzenia analizy planowanego przedsięwzięcia pod kątem jego efektywności oraz zagrożeń związanych z jego realizacją poprzez PPP (art. 11). Przedmiot analizy został określony dość szeroko, w szczególności w treści analizy powinny znaleźć się między innymi informacje na temat ryzyk, kosztów i korzyści związanych z realizacją przedsięwzięcia w drodze umowy o PPP w porównaniu z realizacją tego przedsięwzięcia w inny sposób. Z szerokim zakresem analizy wiążą się *de facto* duże koszty jej sporządzenia, co w istotnym stopniu wpływa na niewielkie zainteresowanie realizacją przedsięwzięć w formule PPP. W obowiązku sporządzania analiz

¹³ M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 113.

Ministerstwo Gospodarki upatruje wręcz jedną z najważniejszych przyczyn, które powodują, że obowiązująca ustawa nie jest stosowana¹⁴. W konsekwencji projekt nowej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym¹⁵ rezygnuje z wymogu sporządzenia analizy. Pomysł ten należy ocenić negatywnie i stanowczo stwierdzić, że względ na transparentność procesu realizacji zadania publicznego w ramach PPP, finansowanego ze środków publicznych (lub bezpośrednio przez użytkowników), nakazuje, by już sama decyzja o skorzystaniu z PPP była należycie przemyślana i uzasadniona oraz by każdy zainteresowany mógł zapoznać się z motywami, które kierowały podmiotem publicznym.

3. Ustawa wprowadza także dalsze ograniczenia, pośrednio związane z przeprowadzoną analizą. Jeśli bowiem z analizy wynika, że z projektowaną współpracą w formule PPP wiąże się (choćby częściowo) finansowanie z budżetu państwa, wówczas realizacja takiego przedsięwzięcia wymaga uzyskania zgody ministra właściwego do spraw finansów publicznych (art. 12 ust. 1). Minister powinien zareagować w terminie 60 dni od otrzymania wniosku, przy czym ustawodawca jednocześnie zastrzega, że zarówno zgoda, jak i odmowa zgody nie są decyzją administracyjną (art. 12 ust. 3). Powstaje zatem problem oceny ważności umowy o PPP w przypadku, gdy nie uzyskano wymaganej zgody ministra.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 p.z.p., nieważnością umowy skutkuje między innymi udzielenie zamówienia publicznego bez uzyskania wymaganej decyzji administracyjnej. Odpowiednie stosowanie wybranych przepisów prawa zamówień publicznych nakazuje art. 14 ustawy, jakkolwiek przytoczona norma nie znajdzie zastosowania właśnie z uwagi na wyraźne wyłączenie w art. 12 ust. 3 ustawy. Skoro nie można zgody (odmowy) traktować w kategoriach decyzji administracyjnej, pozostaje przyjęcie, że podmiot publiczny działa w ramach *dominium*, a tym samym zgodę (odmowę) należy kwalifikować jako oświadczenie woli. W rezultacie na mocy art. 63 k.c. zgoda ministra może zostać wyrażona przed, jak i po zawarciu umowy o PPP z zastrzeżeniem, że do chwili potwierdzenia mamy do czynienia z *negotium claudicans*. Taka konstrukcja nie prowadzi jednak do zadowalających rezultatów, gdyż nie udziela satysfakcjonującej odpowiedzi na pytanie o ważność umowy w sytuacji, gdy w terminie wskazanym w ustawie minister w ogóle nie zajął żadnego stanowiska. Wydaje się zatem, że zgodę (odmowę) należy postrzegać jako *conditionem iuri*, tzn. przesłankę, której niespełnienie *ex lege* powoduje nieważność umowy o PPP. Trzeba ponadto wyraźnie podkreślić, że przesądzenie natury prawnej wyrażanej przez ministra zgody (odmowy) ma znaczenie nie jedynie teoretyczne, skoro wymóg uzyskania zgody obciąża podmiot publiczny nie tylko wówczas, gdy realizacja przedsięwzięcia faktycznie następuje przy użyciu środków z budżetu państwa, ale już wtedy, gdy z przeprowadzonej analizy wynika, że przedsięwzięcie wymaga zaangażowania fiskusa. Innymi słowy, stosownie do brzmienia ustawy zgodę ministra należy uzyskać niezależnie od rzeczywistego skorzystania ze środków budżetu państwa, jeżeli na konieczność sięgnięcia do tych środków wskazuje przeprowadzona analiza.

¹⁴ Por. uwagi Ministerstwa Gospodarki na temat zasadności uchwalenia nowej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (<http://www.mg.gov.pl/Przedsiębiorcy/Pakiet+na+rzecz+rozwoju+przedsiębiorczosci/Partnerstwo+publiczno-prywatne/>).

¹⁵ Projekt, zaakceptowany przez Komitet Rady Ministrów w dniu 22 września 2008 r., dostępny pod adresem <http://www.mg.gov.pl/Prawo/Projekty+aktow+prawnych/Regulacje+Gospodarcze/>.

Warto wreszcie wskazać, iż następstwem przyjęcia, że zgoda (odmowa) nie stanowi decyzji administracyjnej, jest wyłączenie w tym zakresie kontroli przeprowadzanej przez sądy administracyjne. Zgoda (odmowa) traktowana jako oświadczenie woli ministra korzysta z cywilnoprawnej autonomii woli, tzn. nie podlega zewnętrznym ograniczeniom. Sytuacja taka może prowadzić do nadużyć, tym dotkliwszych, że przecież godzących w interesy ogółu obywateli, bo dotyczących środków pochodzących z budżetu państwa. Należy zatem postulować zmiany w tym kierunku, by aktywność ministra uznać za przypadek decyzji administracyjnej.

Konflikt odesłań

Szczególnego podkreślenia wymaga konflikt, jaki pojawił się w przepisach odsyłających ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Oto w rozdziale 3, regulującym zasady i tryb wyboru partnera prywatnego, art. 14 nakazuje, by do umów o PPP w zakresie nieuregulowanym w ustawie stosować odpowiednio przepisy prawa zamówień publicznych. Z kolei art. 22, zamieszczony w rozdziale 4 (umowa o PPP oraz realizacja PPP), stanowi, że w zakresie nieuregulowanym w tym rozdziale do umów o PPP stosuje się przepisy kodeksu cywilnego¹⁶; jednocześnie przepis nie formułuje imperatywu, by stosowanie norm kodeksu cywilnego następowało w sposób odpowiedni, a zatem można przyjąć, że ustawodawca życzy sobie, by we wskazanym zakresie przepisy kodeksu stosowano wprost. Z uwagi na ten sam przedmiot odesłania, lecz różne zakresy odesłań, jak również uwzględnwszy umiejscowienie norm odsyłających w ramach ustawy, nie wydaje się możliwe rozstrzygnięcie zaistniałego konfliktu (w szczególności nieprzydatne okazuje się odwołanie do wykładni systemowej). Nie podejmując zatem prób z góry skazanych na niepowodzenie, warto wskazać przykładowe kwestie sporne:

a) art. 27 ust. 5 p.z.p. – art. 61 k.c., określające zasady, według których ustala się chwilę złożenia oświadczenia woli;

b) art. 139 ust. 2 p.z.p. – art. 353¹ k.c., tzn. nakaz zachowania formy pisemnej *ad solemnitatem* z jednej strony i, wynikająca z zasady swobody umów, zasada swobody wyboru formy czynności prawnej z drugiej;

c) art. 140 ust. 2 p.z.p. – art. 66 k.c., dotyczące zakresu związania złożoną ofertą.

Jak zaznaczono, z uwagi na stylizację przepisów odsyłających *de lege lata* nie sposób rozstrzygnąć konkretnego spornego zagadnienia; pozostaje zatem mieć nadzieję, że ustawodawca dostrzeże konieczność zmian legislacyjnych i dokona stosownej ingerencji.

Kwestie fundamentalne

Powyższy przegląd zagadnień związanych z obowiązywaniem ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, z konieczności skrótowy, pozwala jednak na sformułowanie pewnych wniosków.

¹⁶ Do kodeksu cywilnego odsyłają także art. 14 i art. 139 ust. 1 p.z.p.

Przede wszystkim należy postawić pytanie o cel PPP jako instytucji, tj. o sens jej wprowadzenia do porządku prawnego. Ustawa nie udziela tu wyraźnej odpowiedzi, trzeba ją zatem dekodować z ogółu przepisów ustawy oraz z okoliczności towarzyszących jej uchwaleniu. Podkreślono na początku rozważań, że zgodnie z uzasadnieniem projektu obowiązującej ustawy ma ona na celu pobudzenie inwestycji sektora publicznego. Konieczność takiego pobudzenia wynika z dwóch przesłanek: braku odpowiednich środków finansowych w sektorze publicznym oraz braku możliwości lub umiejętności kompleksowego zarządzania inwestycją (ryzykami) przez podmiot publiczny. Funkcja partnera prywatnego sprowadza się zatem do zapewnienia finansowania inwestycji oraz do wniesienia swoiście rozumianego *know-how*. Należy jednak pamiętać, że partner prywatny uczestniczy w przedsięwzięciu nie bezinteresownie, lecz z określonym zamiarem: w zamian za wniesiony wkład oczekuje w przyszłości konkretnych zysków. Zyski te pokrywane są albo przez bezpośrednich użytkowników (adresatów) przedsięwzięcia, albo przez wszystkich podatników, tzn. wówczas, gdy wynagrodzenie partnera prywatnego pochodzi z budżetu (państwa lub podmiotu publicznego). W istocie zatem koszty realizacji przedsięwzięcia powiększone o zysk partnera prywatnego ponoszą obywatele (wszyscy albo ich wybrane grupy). Rzecz jasna w perspektywie długofalowej realizacja przedsięwzięcia w formule PPP nie przynosi oszczędności, bowiem pomimo przekazania zadania partnerowi prywatnemu podmiot publiczny w dalszym ciągu odpowiada za jego realizację; a zatem musi istnieć (zatrudniać pracowników, zapewniać właściwą infrastrukturę itd.), by nadzorować wykonywanie umowy o PPP, który to fakt generuje kolejne wydatki. W konsekwencji bez obawy popełnienia błędu można stwierdzić, że z perspektywy ekonomicznej PPP prowadzi jedynie do zwiększenia ogólnych kosztów ponoszonych przez społeczeństwo, *ergo* musi zostać uznane za bezzasadne (chyba że jako kryterium uzasadnienia traktować interes partnera prywatnego).

Z drugiej przesłanki, która ma uzasadniać celowość omawianej instytucji, również nie wynikają dobre racje za wprowadzeniem PPP do systemu prawa. Otóż z faktu, że podmiot publiczny (jego pracownicy) nie radzi sobie z realizacją zadania publicznego, w szczególności wykonuje je mniej efektywnie (*sc.* pod względem gospodarczym), niż robiłby to podmiot prywatny, jeszcze nie wynika, że zadanie publiczne powinno zostać odebrane podmiotowi publicznemu i przekazane innemu podmiotowi. Za niedopuszczalnością takiego rozwiązania należy opowiedzieć się zwłaszcza w przypadku, gdy podmiot publiczny wprawdzie nie realizuje zadania publicznego, ale z tego tytułu ponosi odpowiedzialność, a także gdy globalne koszty realizacji zadania przez partnera prywatnego przewyższają koszty wykonywania tego zadania przez podmiot ustawowo zobowiązany. Jednocześnie potrzeby PPP nie można uzasadniać zasadą subsydiarności (wyrażoną w preambule do Konstytucji z 1997 roku¹⁷). Zasada ta nakazuje, by zadania publiczne, w miarę możliwości, decentralizować, jakkolwiek pewna grupa zadań powinna na stałe znajdować się w rękach administracji publicznej. Zatem zasadę pomocniczości należy rozumieć w ten sposób, że pewne zadania publiczne docelowo będą wykonywane przez obywateli – bez udziału i kontroli podmiotów publicznych. Przekazywanie zadań publicznych ma więc sens tylko wtedy, gdy istnieją mechanizmy prawne, które

¹⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

nie wymagają zaangażowania administracji publicznej i zarazem zabezpieczają należyte wykonywanie tych zadań.

Mechanizmów takich nie tworzy niestety ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Poza uchybieniami modelowo-legislacyjnymi, wskazanymi w trakcie dotychczasowej analizy, należy pod adresem ustawy sformułować zarzut, że w żaden sposób nie chroni interesów majątkowych podmiotu publicznego. Ustawa nie wskazuje nawet minimalnego stopnia zabezpieczeń, jakie powinny znaleźć się w umowie o PPP. Trudno zarazem przypuszczać, że podmiot publiczny zawsze zechce skorzystać z umownych środków zabezpieczających (dopuszczalnych przez prawo cywilne) na wypadek niewykonania albo nienależytego wykonania umowy przez partnera prywatnego. Z drugiej strony skoro podmiot publiczny jest dysponentem środków przeznaczonych na finansowanie przedsięwzięcia w ramach PPP, musi dziwić, dlaczego potencjalnych nadużyć nie poddano regulacji ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁸. Tym bardziej że ustawa ta przewiduje i penalizuje nieprawidłowości mogące pojawić się w trakcie realizacji ustawy – prawo zamówień publicznych.

Ponadto w ustawie nie przewidziano rozwiązań, które w okresie ważności umowy o PPP zapewniłyby trwałość, ciągłość realizacji zadania publicznego przez partnera prywatnego. Co prawda w art. 27 ustawy przewidziano pewne środki na wypadek wystąpienia okoliczności uniemożliwiających realizację przedsięwzięcia przez dotychczasowego partnera prywatnego, lecz należy je ocenić jako niewystarczające, a także jako stanowiące potencjalne źródło nadużyć (poprzez rozszerzenie zakresu ich zastosowania na sytuację, gdy umowa została rozwiązana przez strony). Chodzi więc o takie zabezpieczenia, które uniemożliwią (uczynią nieopłacalnym) partnerowi prywatnemu wycofanie się¹⁹ z przedsięwzięcia przed upływem terminu, na jaki umowa została zawarta, zwłaszcza wówczas, gdy osiągnął już zadowalającą stopę zwrotu inwestycji.

Wreszcie należy zwrócić uwagę na dwa niekorzystne aspekty realizacji zadania publicznego w formule PPP. Po pierwsze, przekazanie zadania publicznego na mocy umowy o PPP ma sens tylko wtedy, gdy umowę zawarto na czas dostatecznie długi, by przedsięwzięcie okazało się opłacalne. Z reguły jednocześnie partnerowi prywatnemu zostaje przyznana wyłączność na wykonywanie zadania publicznego określonego umową. W konsekwencji prowadzi to do monopolizacji rynku w określonym zakresie, tym trwalszej, im dłuższy okres, na który zawarto umowę. Tymczasem można przyjąć, że skoro partner prywatny wykonuje zadanie publiczne taniej niż podmiot publiczny, to kilka podmiotów prywatnych zrealizuje to zadanie jeszcze taniej, jeżeli zapewni im się możliwość konkurencyjnego działania. Niemniej PPP niejako *ex definitione* zakłada przywilej monopolu na rzecz partnera prywatnego, gdyż tylko takie rozwiązanie gwarantuje zwrot kosztów inwestycji i zadowalające zyski. W ten sposób po raz kolejny uwidacznia się mechanizm, zgodnie z którym interes jednostkowy (partnera prywatnego) bierze górę nad interesem ogółu (społeczeństwa, podatników itd.).

¹⁸ Dz.U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, ze zm.

¹⁹ Nie można *a priori* wykluczyć niemożliwości świadczenia, zwłaszcza następczej, ale wydaje się, że w przypadku świadczenia polegającego na realizacji zadania publicznego będą to sytuacje zupełnie wyjątkowe.

Po drugie, z długookresowego charakteru umów o PPP wynika brak demokratycznej kontroli nad jej wykonaniem. Najczęściej wykonywanie części, a nawet większości umowy przypadnie na okres, gdy u władzy znajdują się inne ugrupowania (podmioty) niż te, które reprezentował podmiot publiczny zawierający umowę o PPP. Nie ma wątpliwości, że umowa powinna zostać tak skonstruowana, by partnerowi prywatnemu zapewnić minimum pewności i nie narażać realizacji przedsięwzięcia na zawirowania polityczne. Niemniej podmiot publiczny musi mieć możliwość zakończenia umowy przed czasem, na jaki została zawarta, jeżeli przemawiają za tym uzasadnione przesłanki. Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie wyposaża podmiotu publicznego w narzędzie, za pomocą którego mógłby spowodować powyższy skutek, a trzeba pamiętać, że na trwałość umowy o PPP nie będzie łatwo wpłynąć, skoro umów cywilnoprawnych dotyczy zasada *pacta sunt servanda*.

Z przedstawionych rozważań może wypływać wniosek, że współpraca sektora publicznego i sektora prywatnego na zasadach PPP nie powinna mieć miejsca w żadnych okolicznościach. Konkluzję taką należałoby uznać za zbyt daleko idącą. Otóż nie ma przeszkód, by partnerstwo publiczno-prywatne stanowiło podstawę międzysektorowej współpracy, jeżeli spełniono łącznie następujące warunki:

a) całkowity koszt realizacji przedsięwzięcia w formule PPP przez partnera prywatnego jest niższy niż w przypadku wykonywania zadania publicznego przez podmiot publiczny;

b) przekazanie zadania publicznego do realizacji w formule PPP skutkuje „odchudzeniem” administracji, tzn. mniejsza liczba zadań nie uzasadnia zatrudnienia na dotychczasowym poziomie;

c) istnieją mechanizmy chroniące interesy podmiotu publicznego i zapewniające ciągłość realizacji zadania publicznego;

d) odpowiedzialność z tytułu przekazanego zadania publicznego ponosi partner prywatny;

e) realizacja zadania publicznego w formule PPP nie prowadzi do powstania monopolu rynkowego.

Niestety, obowiązująca ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym nie realizuje powyższych założeń, dlatego wypada ją uznać nie za pożyteczną, a raczej za szkodliwą.